

《判例研究》

訪問販売契約の詐欺に基づく取消し

大阪高裁平成12年4月28日判決

(判タ1055号172頁, 金判1107号22頁)

原審 大阪地裁平成11年8月25日判決 (金判1107号34頁)

右 近 潤 一

I 事実の概要

1 Z (Xの補助参加人) は、高校受験を控えた中学生を持つ母親に焦点を当て、家庭教師の無料体験学習のチラシを配り、「家庭教師の無料体験学習」等の口実を設けて、電話でアポイントをとり、各家庭を訪問した。その際、Zの従業員らは、単なる販売員であるのに「学習指導会本部長」「同指導員」などの肩書を付した名刺を持参した。

2 Yら (被告, 控訴人) 13名は、学校の授業についていけず、高校受験に不安のある我が子を高校合格まで面倒を見てくれる優秀な家庭教師を、Zが紹介してくれるというので、これを信じ、平成5年9月から平成7年6月にかけて、Zとの間で家庭教師派遣契約を締結した。

3 家庭教師派遣契約締結に際し、Yらは、Zの販売員から「(1) 家庭教師を頼むには、あるいは家庭教師が教えるには、本件教材が是非とも必要である。家庭教師は、近畿一円で8,000名以上の講師のなかから、コンピューターで相性のよい先生を選ぶ。家庭教師の能力は補助参加人がチェックする。(2) 本件教材の指導方法は、補助参加人が責任を持って家庭教師に講習する。家庭教師は本件教材により分かるように教えるので、どんな子供についても成績を上げられる。」旨の説明を受けたことから、家庭教師派遣契約とは別料金であった

が、教材が家庭教師と一体不可分のものと考え、約14万円から49万円の価額で本件教材も購入した（以下「本件売買契約」または「第一契約」という。）。Zは、家庭教師の派遣を前面に押し出し、「いい先生を派遣するので、必ず成績が上がる。絶対に公立高校に、あるいは望みの高校に入らせる。」と嘘を言って、学習効果を誇大に宣伝して、本件教材を売りつけた。

4 また、家庭教師派遣契約は締結しなかったが本件教材を購入したY₇の妻に対し、販売員Sは、「気にいらなければクーリングオフとは別に途中解約ができる。分からないことがあれば、私自身が教えに来る。」と言って、家庭教師の派遣とは切り離して、本件教材の購入を勧誘した。これによりY₇は購入を決意したが、教材を見た娘が拒絶したため、Y₇の妻はSに解約を申し出た。しかし、Sは、あれこれと言い逃れをして解約を認めなかった。また、Sは、Y₇の妻から勉強のことについて質問されても、ほかのことをしゃべり続けて質問をはぐらかし、一度も教えに来なかった。

5 本件教材の仕入れ価額は、約2万円から12万円であったが、教材には定価が表示されていないため、Yらは、その事実を知らなかった。さらに、販売する教材の種類、内容、数量は、Yらの子供の学習能力、意欲等の適性に合わせるのではなく、Yら顧客の顔色、懐具合、注意力等を見て決められ、販売価額のほぼ半分を販売員に報酬として与えていた。

6 Zが派遣した家庭教師は、単なるアルバイト学生であり、本件教材に即した教授法等の指導や、教材を使用すべき旨の指示も受けていなかった。家庭教師らは、本件教材のレベルが子供らに合っておらず、難しすぎるとの理由で、本件教材をあまり使わなかったか、殆ど使わなかった。

7 Yらは、本件売買代金につき、X（原告、被控訴人）との間でクレジット契約（以下「本件クレジット契約」という。）を締結した。Xは、本件クレジット契約に基づきZに対し立替払をしている。

8 Zの販売員らは、Yらと本件売買契約を締結した際、契約書面として、ワイド教育クレジット契約書又はワイド総合クレジット契約書を交付しただけである。そこには、商品名として「ワイド受験B・P」などと記載されているの

みであり、契約の対象が特定しておらず、訪問販売法 5 条および 4 条に基づく、商品名及び商品の商標、商品の種類、数量、クーリングオフに関する事項は記載されているとはいえない。Z は、訪問販売法施行規則 4 条 2 項が命じている「書面の内容を十分に読むべき旨を赤枠の中に赤字で記載」することも、全く履行していなかった。

9 Z は、平成 6 年 10 月に本部教務課なる組織を設け、家庭教師による学習指導とは異なる生徒自身の自主学習を体得させるための新しい指導方法として「本部直轄管理システム」を考案した。しかし、本部教務課には、教育に携わったことのある専門の指導員などは 1 人もおらず、顧客が期待したような専門の指導員の派遣や指導などができる体制にはなかった。本システムは、一度騙された顧客（第一契約を締結した者）は、通常人に比べて騙しやすいとの体験から出たものである。

10 Z は、顧客の子の中で成績の上がらない子供を探し出し、現在の家庭教師による勉強方法では駄目である旨強調して、本部直轄管理システムに切り替えるように説得した。その上で、必要な教材であるとして、本件売買契約で売り込んだ教材とは異なる教材の購入契約（以下「第二契約」という。）を締結させた。Y ら 13 名のうち、Y₁ はクーリング・オフをし、Y₃ は契約締結を断ったが、Y₇ を含め残りの 11 名までもが、第二契約の締結により教材の二重買いをさせられている。

11 Y らは、Z の態度に不審を抱き、本件クレジット契約に基づく X への立替金返還を拒絶している。そこで、X が Y らに対して立替金の返還を求めて本件訴訟を提起した。これに対して、Y らは、教材が家庭教師の派遣に必要であるとする Z の当初の説明に反し、Y の子らに不適合で、本件売買契約が学習効果を誇大に宣伝して本件教材を法外な値段で売りつけ暴利をむさぼる詐欺にほかならず、また、教材の高額な対価に見合う専門の指導員の派遣や通信添削等の役務の十分な提供がない限り、その代金額からして、本件売買契約ならびに第二契約もすべて顧客に対して詐欺行為となると主張し、割賦販売法 30 条の 4 に基づき、X への支払いを拒絶した。

12 第一審裁判所は、本件教材の販売価格が元々の価格に比較して高額になっているが、購入契約締結の勧誘に当たり、売主側が買主側に対して仕入れ価格を明示すべき義務を常に負っているとまではいえず、この事実だけをもって、社会生活上許容できないような勧誘行為であって詐欺であるとはいえないのではないか、また、第二契約について騙されたという認識があることは分かるが、第一契約について騙されたという認識があるのかどうか分らず、本部直轄システムが考案された時期からして、第一契約の締結当初から第二契約を計画していたものとはいえず、第一契約は第二契約への移行勧誘行為と全体として一体となっているとまではいえないはずである、としてZの詐欺を認めず、Xの請求を認容した。

そこでYらが控訴した。

II 判旨 原判決取消、請求棄却（確定）

1 Zが「本部直轄管理システム」を仮装して、Yら（Y₁、Y₃を除く）との間で締結した第二契約は、Zの詐欺によるものであることが明らかである。

2(1) 本件教材も、指定商品に該当する（訪問販売法2条，同施行令2条1項別表第1の45）ために、Zは、取引条件を「契約書面に記載して交付しなければならない」がこれに違反している（訪問販売法5条1項柱書⁽¹⁾，同法4条1号，4号，5号⁽²⁾，同施行規則3条4号ないし6号，4条2項，6条）〔事実の概要8〕。

もしZが前示（法定の）「各事項を正しく記載した契約書面を交付しておれば、Y₁は、本件教材を購入しなかったか、クーリングオフの期間内（右書面交付日から8日以内，訪問販売法6条1項1号）に、本件売買契約を解除していた可能性が大である」。

右書面を正しく交付していれば、例えば「Y₁は、その書面を読み冷静に返り、次のような疑念を持ったであろうことが推認できる。」すなわち、購入した全教材を「やりこなせるのか。…多くの教材を目の当たりにすれば、うんざりして勉強する気が一層萎えてしまうのではないか」、「全学年、全教科の教材を購入する必要があるのか。しかも、2，3年分は2社の出版元の教材が重複

しており」、また「中学生の学習用教材の売買代金額が49万1,000円というのはあまりにも高すぎる」等の疑念である。

同じことは、他のY全員についてもいえることである。

(2) 「Zの販売員らは、前示のとおり、本件教材の勧誘に際し、Yらに対し虚偽の事実を告げている」〔事実の概要3, 4, 6〕。「Zの右不実事項の告知は、訪問販売法5条の2第1項（不実事項の告知禁止⁽³⁾）に違反する行為である。Yらは、販売員らの虚偽の説明を真実と信じたために、本件教材の購入を決断し、本件売買契約を締結したと認められる」。

3 取引条件等を記載した契約書面の不交付〔上記2(1)〕、不実事項の告知と誤信の事実〔上記2(2)〕、並びに異常に高い販売価額や相手の懐具合などを見て販売する販売方法〔事実の概要5〕および第二契約締結に奔走した事実〔下記(1)〕に照らせば、本件売買契約は、いずれもZが虚偽の事実を告げて、これを真実であるとYらに誤信させて契約を成立させたものであり、Zの詐欺によるものであることが認められる。

(1) 「本件売買契約（第一契約）13件のうち、7件が平成6年10月以降に契約され、6件が平成6年9月以前に契約されている。したがって、Zが、第一契約の全てについて、同契約締結時点で既に、予め将来第二契約による詐欺商法まで目論み、そのために第一契約を締結したとまでは認められない」。

しかし、Zは「高校合格まで面倒を見る優秀な家庭教師を紹介する、家庭教師を頼むには本件教材が是非とも必要であると虚偽の説明をして、本件教材を購入させて」いるにもかかわらず、「その同じZが、前示のとおり、第一契約から6か月前後経過した時点で、今度は、既に派遣している家庭教師を辞めさせた上で、Yら（Y₁, Y₃を除く）との間で、再度の教材売買契約（第二契約）を締結している。これらの行為は、まじめに商いを営んでいる教材販売会社のすることとは到底思われない。このように、Z会社が組織ぐるみで詐欺を計画実行し、第二契約の締結に奔走していた事実は、翻って、第一契約についての詐欺の成否を判定するに当たっても、その事情（間接事実）の一つとして考慮すべきものである」。

4 「以上によると、本件売買契約は、いずれもZの詐欺によるものであり、Yらの取消の意思表示により無効となったものである」。

5 「そして、本件教材は、割賦販売法2条4項、同施行令別表第7で指定商品に指定されているので、Yらは、割賦販売法30条の4第1項（抗弁の対抗）に基づき、Xに対し、前示Zに生じた詐欺取消の事由を対抗することができ、本件立替金（割賦金）の支払を拒絶できる」。

Ⅲ 研 究

1. 本判決検討の意義

消費者が従来の民法上の取消制度を用いて契約を解消することは難しいといわれ、消費者契約法に新たな取消しが規定された⁽⁴⁾。本判決は消費者契約法制定以前のものであるが、詐欺に基づく取消しを消費者に認めた事例として、興味深い。そこで、本判決が詐欺に基づく取消しの要件の充足をどのようにして認めたのかを考察する。

消費者契約法の制定ならびに2004年5月の特定商取引法改正（同年11月施行）で導入された、禁止事項（特定商取引法6条）に反する行為がある場合の取消権（同法9条の2）により、本判決の検討は意味を失うかに見える⁽⁵⁾。しかし、消費者契約法上の取消しが、実際に生じている消費者問題のすべてを解決できるものではなく、民法の詐欺、強迫規定を利用しなければならない場合がなお存在するとの指摘がある⁽⁶⁾。また、特定商取引法は、特定の取引形態についてのみ規定しているのであるから、訪問販売については消費者契約法より多くの事例で取消しが認められる⁽⁷⁾が、通信販売についてはクーリング・オフも取消しも規定されず、店舗における対面販売はそもそも法律の適用対象外である。したがって、本稿での考察は、なお意義があると考ええる。

なお、本件でクーリング・オフがされなかった理由は、本件訴えの提起がYらとZとの契約締結の時から短いものでも1年程度経過しているためであると推察される。しかし、本判決の認定によれば、本件教材は訪問販売法上指定商品であり、Zは同法に定められた法定書面をYらに対して適式に交付していな

い。裁判例によれば、法定書面の交付がクーリング・オフ期間開始の起算点である以上、本件のように内容に瑕疵のある書面が交付された場合には、期間は開始せず、クーリング・オフが可能である⁽⁸⁾。

2. 詐欺取消しの保護法益と要件

詐欺に基づく意思表示の取消しは、意思に基づく法律関係の形成を認め、その法律関係に当事者を拘束するという原理を前提として、詐欺により自由な意思形成を阻害された表意者に対し意思への拘束から開放されることを保障する制度である⁽⁹⁾。本制度により保護されるのは、「自由な意思形成」である。

詐欺に基づく取消しの要件は、一般に、違法な欺罔行為、二重の故意、二重の因果関係として表現される⁽¹⁰⁾。これを細分化するなら、①欺罔行為のあること、②欺罔行為の違法性⁽¹¹⁾、③欺罔行為に基づき相手方を錯誤におとしめる詐欺者の故意（故意1）、④相手方が錯誤に陥ったこと、⑤詐欺と錯誤の因果関係（因果関係1）、⑥相手方の意思表示、⑦相手方に錯誤に基づき意思表示をさせる詐欺者の故意（故意2）、⑧錯誤と意思表示の因果関係（因果関係2）という具合になる。これらの要件の主張・立証責任は、表意者にある⁽¹²⁾。

本件は、代理人が相手方を欺罔し契約を締結したのであるから、相手方は本人に対して取消しを主張することができるかという問題があるが、本人が代理人が相手方に対し詐欺を行ったことを知らない場合でも、取消しを認めるべきであろう⁽¹³⁾。

3. 取消しが認められ難い理由

次に、なぜ詐欺の取消しが使いにくいといわれるのかを確認しておく。

まず、欺罔行為①の存在自体の事実認定が困難である、といわれる⁽¹⁴⁾。口頭による説明あるいは勧誘行為において虚偽の事実が述べられたことを証明するのは、確かに困難である。

また、詐欺者の故意③⑦は、表意者の側で立証しなければならないが、その立証が困難であると指摘される⁽¹⁵⁾。故意の立証の困難さが指摘される背景には、

罪刑法定主義の要請が働き厳格に解釈すべき刑法学説の影響があるとされる。⁽¹⁶⁾

例えば、道を歩いていて偶然遭遇したAとBが話をし、その中でAがちょっと騙してやろうと事実と反する陳述をしたところ、数日後Bが当該虚偽の陳述を真実であると誤信し、その誤信に基づきAに対して契約締結の意思表示をしたという場合には、Aに意思表示をさせようとする故意があるという立証は、刑法の問題でなくとも、困難である。さらに故意の存在は、主観の問題であるが故に、その有無は間接的に認定するほかない。⁽¹⁷⁾

本件のような訪問販売で欺罔行為が行われるときには、相手方に申込みをさせよう、すなわち、契約を成立させようとする意図があるのではないのか。特に勧誘をしているのが事業者であれば、契約目的に関してはある程度詳細な情報を有していることを前提とすることができる。そうすると、民法の法律要件に該当するかを判断するのであるから、勧誘の中で用いられた説明が事実とは異なっている場合には「錯誤によって意思表示をさせようとする故意」⑦が消費者と契約を締結しようとしている事業者にあることは明らかであり、二重の故意の存在を推定できるように思われる。⁽¹⁸⁾ 錯誤に陥れる故意③があれば、二つ目の故意⑦は因果関係の問題として処理すればよいとの見解もある。⁽¹⁹⁾

売主が売買目的物を実際よりよく見せようと誇張的表現を用いたり、誇大広告を打ったりすることがあるが、取引社会では多少の駆け引きや誇張は許され、セールストークに違法性を認めるのは困難であるといわれる。⁽²⁰⁾ そういった行為は、すべてが詐欺に当たるとすれば取引の安全を害することになるために、取引上許容される範囲を逸脱した「違法」なものである場合には、違法な欺罔行為②として、取消しの要件を充足することになる。⁽²¹⁾ 違法性の有無は、契約当事者の地位・知識、具体的状況などを考慮しながら総合的に判断される。⁽²²⁾ この「違法性」の立証も困難であるといわれる。⁽²³⁾ したがって、近時、欺罔行為は原則として違法であるとし、立証責任を転換しようとする見解や、故意の要件を充たす行為は法的に無価値（反価値）評価を与えられるべきものであるとして、違法性要件を不要とする見解もある。⁽²⁴⁾

因果関係についてもその証明が困難であると指摘される。⁽²⁵⁾ 錯誤と意思表示と

の因果関係⑧は主観的に存在すればよいとされるが、主観的にのみ因果関係が存在する場合にはさらにその立証は難しくなる²⁸う。

このように見てくると、ほぼすべての要件について、立証の困難さが指摘されている。特に、欺罔の故意や因果関係については、その主観的性質のゆえに、立証が困難であることは間違いがない。違法性という要件では、内容も判断基準も確定的ではなく、何をどう立証すればよいのか判断しにくいように感じられる。

4. 本件判決の分析

以上のような要件上の困難さが存在する中、本件ではどのようにしてそれが克服されたのかを分析する。本判決は、Zの詐欺を次の4点から認定している。すなわち、取引条件等を記載した契約書面の不交付および不実事項の告知と誤信という事実、さらに、教材販売価額が異常に高額であること及び第二契約に基づく教材の二重売りという事実である。

(1) 書面の不交付——自由な意思決定の侵害

まず本判決は、詐欺の成否を認定するにあたり、Zの交付した書面が訪問販売法に適合しないことを指摘し、さらに、適合的な書面を交付することによりYらがクーリング・オフしたであろうことを認定している〔判旨2(1)〕。

法定書面の不交付というZの態度は、書面上契約内容を明らかにしておかなかったのものであって、事実と異なることを告げるという欺罔行為というほどのものではなく、詐欺の要件を直接充足する要素ではない。確かに、法定されたある種の情報提供義務に対する違反であり、沈黙の詐欺に関わる違法性判断ともとれなくはないが、当事者の主張からすれば、そのように見るべきではないだろう。

これは、Yらの理由のない自由な翻意ではなく、Yらが法律が保証する程度に契約内容を正しく理解すれば、契約を締結しなかったであろうという、Yらの自由な意思決定が実現できていないことを認定している。そして、その意思

決定の阻害が他でもないZにより引き起こされているという因果関係も認定されているのである。

(2) 不実告知——欺罔行為と錯誤の存在と因果関係

次に、本件教材の必要性、家庭教師の資質、教材を用いた指導方法の家庭教師への講習に関するZの説明が不実告知であるとされ、さらに、その不実告知によりYらが契約を締結したという、因果関係が認められている⁽²⁹⁾〔判旨2(2)〕。

不実告知であるということは、説明内容が「購入者の判断に影響を及ぼすこととなる重要なもの」(訪問販売法5条の2)であると認められたということになる。「家庭教師を頼むには是非必要」との説明は、本件教材の「用途」に関する事柄ということができるであろう。本件教材の指導方法を家庭教師に講習する旨の不実告知は、家庭教師派遣契約に関わるものであると同時に、購入する教材の面からも捉えることができ、「家庭教師が教授法を心得ている」という属性を本件教材に付与することになる。したがって、この属性も契約締結の判断に影響を及ぼすこととなる重要なものであると言える⁽³⁰⁾。この説明が「不実」かどうかは問題となりうる。本件教材を使用した「者もいた」という程度では、「是非必要」かどうかはなお疑わしいと言わざるを得ない。

裁判所は、「家庭教師の派遣を前面に押し出し、『いい先生を派遣するので、必ず成績が上がる。絶対に公立高校に、あるいは望みの高校に入らせる。』と嘘を言って、学習効果を誇大に宣伝して、本件教材を売りつけた」と事実認定している。本判決は、本件売買契約と家庭教師派遣契約とを区別しつつも、両契約を締結する過程を総合的に考慮することで、当事者の抱いた誤解を判断要素に含めたと評価することができる。

詐欺の要件に当てはめるならば、ここでの叙述が欺罔行為に関するものであり、欺罔行為(不実告知)①と表意者の錯誤(誤信)④、欺罔行為と錯誤との因果関係⑤、錯誤と意思表示との因果関係⑧が認定されている。

不実告知は、事実と異なることを告げることをのみを要件とし、その故意③を必要としないので、故意の推定には他の事実を必要とする。ここでは自己の態

度に対する不実告知であり、故意に事実と違うことを告げていることに間違いはない。さらに前述のように、訪問販売であることを加味すれば、その不実告知は契約締結を目的とするのであると見ることができよう。厳格に見れば、錯誤によって意思表示をさせようとする故意⑦は、明確に推認できていないといえるかも知れない。

(3) Y₇に対する不実告知

右のように家庭教師派遣契約との関係で、不実告知を考えるならば、家庭教師派遣契約の締結を拒み、本件教材のみを購入したY₇に関しては、別の考慮が必要となる。まず、販売員Sが途中解約できると言ったことを挙げ、結局できなかったから不実告知であるとされ、また、Sが「分からなければ私が教えに来る」といいながら、結局一度も来なかったため、右告知も不実であると判断された〔判旨2(2)、事実の概要4〕。

裁判所は、本件教材の単純な売買契約の締結だけを認めたということになる。「教えに来る」というような役務は、直ちに売買契約の内容となるものではなく、売買契約のほかに委任や請負契約などの役務提供契約を観念しなければならない。「途中解約」という表現からも、何か継続的な契約を当事者が考慮していたことが見て取れる。役務提供契約は、Sとの個別契約であるとも考えることも不可能ではないが、意思解釈として、Zとの売買契約の際にその販売員と個別の契約を結ぶということを通常は考えないであろうから、Zとの役務提供契約と考えるべきであろう。法律上両契約を区別できるとしても、売買契約締結の経緯からすれば、全く無関係であると言い切ることは難しい。Y₇としても、高額な教材を購入したのだから、「サービス」で不明な点については教えに来るのだと理解したであろうことは、想像に難くない。つまり、Sは、単なる教材の売買契約に過ぎないにもかかわらず、まるで役務提供が付随するかのよう勧誘した、と見ることができる。

そうすると、「分からなければ教えに来る」という役務提供の付随することが本件教材の売買契約を締結するかどうかを判断するについて影響を及ぼす重

要なものかどうかである。契約対象が不明な点は誰かが指導に来るという付加価値の付いた教材か純粹に教材のみかでは、その価値は大きく異なると言わざるを得ず、契約締結の判断に影響を及ぼすことになるといえよう。指導に来るか来ないかは、大きな差であり、重要でないとはいえないだろう。

次に、売買契約においてクーリング・オフとは別に可能な途中解約とは何かが不明である〔事実の概要4〕。解約できるといいながら解約させなかったのが不実告知だとすると、裁判所は、解約が契約内容ではなかったと考えたということになるまいか。解約できなかったというのは、合意解除が問題となる場合には、合意が成立しなかったということであって、不実告知とはならないと考えられるからである。途中解約ができるというのは、売買契約の任意の解除権のような形成権の行使が観念されていることになる。

では、任意解除権があると告げた勧誘は、不実告知となるのか。契約後に解除ができるなら試しに購入してみようか、ということになり、契約締結に対する消費者のハードルが低くなることが考えられる。そうすると、任意解除権の有無は、契約に関する事項であって、契約を締結するかどうかの判断に影響を及ぼすこととなる重要なものに含まれると考えることもできるのではないだろうか。

したがって、Y₇に対しても欺罔行為（不実告知）があったということになり、さらにその欺罔行為とY₇の錯誤（誤信）、錯誤と意思表示との因果関係が認定されている。

（4）教材の販売価額と詐欺に基づく第二契約——故意

裁判所は以上の叙述に加え、教科書販売会社の定めた定価を大幅に上回る価額での販売、販売価額のほぼ半分を報酬として販売員に取得させていたことおよび保護者の懐具合を基準として販売していた事実ならびに第二契約に基づく教材の二重売りという事実に言及し、Zの詐欺を認定している〔判旨3〕。

第二契約は、本部教務課に教育経験のある者が存在せず、明らかに詐欺であって、また高校合格まで面倒を見る優秀な家庭教師を紹介するとして派遣契約

を締結しながら、その契約を解消させ、再度教材を買わせるという、「まじめに商いを営んでいる教材販売会社のすることとは到底思われない」行動を組織ぐるみで計画実行したことが「間接事実」として考慮された。これは、第一契約におけるZの故意を推定するための作業であるといえることができる。しかし、当然のことながら第二契約は、第一契約時点に勧誘ないし締結されたものではないため、そのことだけから第一契約の時点で詐欺の故意が存在したと言うには、問題があるように思われる。第一契約締結後に何らかの状況・心境の変化があって、詐欺と認められた第二契約締結に及んでしまったという可能性を否定できないからである。

判決は、前提として異常に高い本件教材の販売価額や相手の懐具合などを見て販売する販売方法など、本件売買契約も決してまっとうなものではなかったことにも触れている。つまり、ここではZの体質としての悪質性が導き出され、Zの故意、特にYらの錯誤によって意思表示をさせようとする故意^⑦の存在を推認している。

(5) 違法性

残る要件は、欺罔行為の違法性^②である。違法性要件の要否についての考え方は明らかではない。⁽³¹⁾ 必要であると考えているとすれば、不実告知を欺罔行為と見た以上、違法性は不実告知に認められなければならない。本判決が不実告知について訪問販売法違反を認定している点に着目せざるを得ない。

訪問販売で突然訪れた事業者Zは、契約締結を判断するについて影響を与える重大な事項について、事実と異なることを告げ、また事実と異なることについては、認識があったであろう。一方消費者は本件教材を比較の対象もなく勧められるばかりであって、その不利益を解消すべく法律が定めた書面交付もまともに行われていない以上、この不実告知は「取引上許容される範囲を逸脱している」と言えるであろう。

禁止行為が消費者保護を目的とするものであり、禁止行為違反は不法行為⁽³²⁾であって、取消しの要件たる違法性を充足するという見解がある。詐欺の違法性

要件を不法行為のそれと接合する考え方で、この見解に従えば、本件でも問題なく違法性要件を充たすことになる。不法行為を経由しなければならない理由はないように感じられる。

原則違法説でも、違法性を阻却すべき事由が認定されていない以上、不実告知は問題なく違法である。違法性不要説に立てば、違法性以外の要件が備わっていれば、取り消すことができるとの結論に至るのであろう。不要説に立てば、故意の要件が厳格化される可能性もあるが、本件においては、要件を充たすのではないだろうか。

IV 結びに代えて

第一審判決で認められなかった詐欺に基づく取消しが本件では認められたわけは、裁判所間における詐欺に対する見解の相違というのではなく、むしろ立証の問題と捉えることができそうである。第一審判決の裁判書によれば、第二契約が詐欺に基づく契約であることの立証に重点が置かれていたように読めるからである。ただし、第一審の判決文からは消費者に対する嫌悪感のようなものを感じるのも確かである。

本件判決は、書面の不交付によりYらの自由な意思決定が実現できていないこと、不実告知を欺罔行為として、Yらの錯誤（誤信）、錯誤と意思表示との因果関係をそれぞれ認定している。ここでは自己の態度に対する不実告知であり、故意に事実と違うことを告げていることに間違いはない。また、異常に高い本件教材の販売価額や相手の懐具合などを見て販売する販売方法など、本件売買契約も決してまっとうなものではなかったことおよび第二契約が詐欺に基づくものであることから、Zの体質としての悪質性が導き出され、Zの故意、特にYらの錯誤によって意思表示をさせようとする故意⑦の存在を推認していると分析できる。

因果関係については、各所で認定されているが、どのような立証が行われたのかは分からない。本件は、13名が集団で訴訟をしており、また訪問販売法において「判断に影響を及ぼす重要な事項についての」不実告知が禁止されたこ

とにより、より因果関係の認定がしやすくなったのではないかと考える。

欺罔行為の立証については、第二契約ではZのトーク集が証拠として提出されているようであるが、本件売買契約にはそのような証拠が提出されてはいないようである。それにもかかわらず欺罔行為が認定されたのは、複数の者が同じようなことを証言することで、その存在をある程度推定することができたからであろう。

故意の立証は、相手方の主観に関する証明である点で困難であり、訪問販売であっても錯誤によって意思表示をさせようとする故意⑦の存在はなお考慮があるとの指摘が見られたが、本件においては、第二契約が詐欺に基づくものであるとの認定も含めて、事業者たるZの悪質性から、この故意の要件も充足できたものと考えられる。

欺罔行為の違法性は、本件では認めることができそうである。しかし、その要件の存在自体に若干の疑問が残る。欺罔行為と相手方の故意のある時点で、表意者の自由な意思決定が妨げられていると言えるところ、なぜわざわざ違法性を要件とする必要があるのか。二重の故意の証明と二重の因果関係の証明にもかかわらず、違法性がなければ詐欺を理由として取り消すことができなくなるのである。なぜセールストークには違法性がないと言われたり、信用ある大商店の行為としては詐欺となる行為も、露天の商人の行為としては詐欺とはならないことが多いのも後者の場合には違法性がないからであると説明がされる⁽³³⁾のか。違法性が阻却される場合のあることが指摘されるときにも、何故それが違法性を阻却するのかについては、明らかではない。この違法性要件に関しては、その必要性を含め、稿を改めて検討したい。

注

- (1) 特定商取引に関する法律（以下「特定商取引法」という。）第5条に相当する。
訪問販売等に関する法律（訪問販売法）は、平成12年（2000年）法126により「特定商取引に関する法律」へと改称された。
- (2) 特定商取引法第4条各号に相当する。
- (3) 第5条の2第1項は、「販売業者又は役務提供事業者は、訪問販売に係る売買契

約若しくは役務提供契約の締結について勧誘をするに際し、又は訪問販売に係る売買契約若しくは役務提供契約の申込みの撤回若しくは解除を妨げるため、当該売買契約又は当該役務提供契約に関する事項であつて、顧客又は購入者若しくは役務の提供を受ける者の判断に影響を及ぼすこととなる重要なものにつき、不実のことを告げる行為をしてはならない。」と規定する。

- (4) 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『逐条解説消費者契約法』（商事法務研究会，2000）89頁以下。具体的には二重の故意と違法性の要件が除かれた。
- (5) 消費者契約法では，4条1項1号に不実告知に基づく取消しが規定されている。
- (6) 山本豊「消費者契約法（2）」教室242号（2000）90頁。そこでは，実際に起きている「黒電話が使えなくなる」とか「シロアリが巣くっている」という虚偽の情報により，多機能電話の購入契約やシロアリ駆除の契約を締結する例が挙げられ，こういった事例では，多機能電話や，駆除サービスについての虚偽情報が与えられているわけではないことから，消費者契約法の適用ができず，民法の詐欺や錯誤の規定を利用しなければならないことが指摘されている。
- (7) 禁止行為を定める6条1項6号が「顧客が当該売買契約又は当該役務提供契約の締結を必要とする事情に関する事項」を掲げ，消費者契約法では取り消すことのできない黒電話やシロアリの事例についても，それが訪問販売で行われた場合には，9条の2第1項1号に基づき消費者は取消権を取得する。
- (8) たとえば，神戸簡裁平成4年1月30日判決判時1455号140頁（カーポート兼サンルーム設置工事，契約から8ヶ月），東京地裁平成5年8月30日判決判タ844号252頁（外壁のアルミサイディング工事，工事完了約2ヶ月後），東京地裁平成7年8月31日判決判タ911号214頁（屋根用パネルの張り替え工事，工事完了後）。
- (9) 下森定『新版注釈民法（3）』（川島武宜・平井宜雄編集）（有斐閣，2003）467頁。
- (10) 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店，1965）310頁，幾代通『民法総則』（青林書院，第2版，1984）280頁，石田喜久夫編『民法総則』（安井宏）（青林書院，1993）154頁，下森・前掲注（9）470頁以下，平野裕之『民法総則』（日本評論社，2003）224頁，野村豊弘『民法I』（有斐閣，第2版，2005）152頁，内田貴『民法I』（東京大学出版，第3版，2005）77頁。
- (11) 学説には，「違法な欺罔行為」という表現を用いるものと，「欺罔行為」という概念に違法性を含ませるものがある。いずれも取消しを認めるためには，表意者を騙す行為が違法でなければならない，という点で一致する。ここでは「違法性」要件を明確にするために「違法な欺罔行為」という表現を用いる。
- (12) 佐久間毅『民法の基礎1』（有斐閣，第2版，2005）166頁。
- (13) 我妻・前掲注（10）349頁，石田・前掲注（10）〔大島敏之〕178頁，川井健『民法概論1』（有斐閣，第3版，2005）220頁，四宮和夫・能見善久『民法総則』（弘

文堂，第7版，2005）205頁。

- (14) 高畠英弘「民事上の詐欺の違法性に関する一考察」石田喜久夫先生古稀記念論文集（成文堂，2000）194頁。
- (15) 我妻・前掲注（10）311頁，平野・前掲注（19）224頁，大村敦志『消費者法』（有斐閣，第2版，2003）79頁，鹿野菜穂子『レクチャー消費者法』（長尾治助編）（法律文化社，第2版，2001）70頁。
- (16) 大村・前掲注（15）79頁。
- (17) 大村・前掲注（15）79頁，佐久間・前掲注（12）166頁以下。
- (18) 大村・前掲注（15）95頁は，「取引上許されないような勧誘形態に当たる行為がある場合には，欺罔行為があるとし，当該行為をする意図がある場合にはそれで故意ありと解釈するということが考えられる」とする。
- (19) 四宮・能見・前掲注（13）203頁。
- (20) 後藤卷則『消費者契約の法理論』（弘文堂，2002）228頁，松岡久和『民法入門・総則』（永田眞三郎ほか）（有斐閣，1995）117頁。反対，高畠・前掲注（14）188頁，鹿野・前掲注（15）70頁。
- (21) 伊藤進ほか『テキストブック消費者法』61頁以下（日本評論社，第2版，2000），四宮・能見・前掲注（13）202頁。
- (22) 四宮・能見・前掲注（13）203頁，鹿野・前掲注（15）70頁。
- (23) 四宮・能見・前掲注（13）203頁，佐久間・前掲注（12）165頁。
- (24) 鹿野・前掲注（15）70頁，田中教雄「詐欺取消しにおける『故意』と『違法性』の要件に関する一考察」法政研究70巻4号（2004）1181頁，日本弁護士連合会編『消費者法講義』（日本評論社，2004）49頁。
- (25) 高畠・前掲注（14）163頁以下。田中・前掲注（24）1179頁以下は，それに賛成する。
- (26) 潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣，2005）175頁以下。
- (27) 高畠・前掲注（14）194頁。
- (28) 我妻・前掲注（10）310頁，幾代・前掲注（10）281頁注4，下森・前掲注（9）478頁，佐久間・前掲注（12）166頁。
- (29) 不実告知は，当時6条の2において禁止されていたが，これに対抗する権利を相手方は有しなかった。
- (30) 特定商取引法6条1項には，「用途」が明示的に規定されておらず，1号により参照指示された施行規則にもないため，「属性」とともに，7号の「当該売買契約又は当該役務提供契約に関する事項であつて，顧客又は購入者若しくは役務の提供を受ける者の判断に影響を及ぼすこととなる重要なもの」に当たると考えられる。
- (31) 当然判決文全体から見て，すべての事情を総合して判断している，と分析するこ

とは可能かも知れない。しかし、それでは裁判所がそうしたかどうかは、不明である。

(32) 田中教雄「日本民法九六条（詐欺・強迫）の立法過程」香法13巻4号（1994）570頁以下。

(33) 我妻・前掲注（10）309頁，幾代・前掲注（10）281頁註3。